

민법 제844조 제2항 혼인종료후 300일내  
친생자 추정에 관한 소고\*  
-헌재 2015.4.30.선고 2013헌마623 결정을 중심으로-

김 현 재\*\*

<국문초록>

우리 민법 제844조 제2항은 혼인관계가 종료의 날로부터 300일내에 출생한 자는 혼인 중에 포태된 것으로 추정되고 동조 제1항에 의해 혼인 중에 포태한 자는 夫의 子로 추정되므로 결국 자의 생부가 따로 있다고 할지라도 전혼관계에서 부와 친생자관계가 해소되기 전까지는 진실한 혈연관계에 의한 부자관계가 형성되지 않는다. 한편 위와 같은 친생자 추정은 일반적인 법률상 추정보다 강력한 결과 특별한 친생부인의 소를 통한 법원의 개입 없이는 그 추정을 소멸시킬 수 없다. 그런데 위 민법 제844조 제2항의 친생자 추정규정으로 인해 모, 전혼관계의 부, 생부, 자 모두가 생물학적 혈연에 기인한 가족관계를 구성할 수 없어서 고통을 받게 되었고 다른 유사 상담사례도 위 헌법소원절차에서 보고되었다. 이에 헌법재판소는 2015. 4. 30. 위 민법 제844조 제2항에 대해 헌법불합치 결정을 하였고 이에 따라 국회에서 2017. 10. 31. 민법개정을 통해 당사자에게 친생부인의 소와는 별도로 친생부인허가 및 인지허가 청구권을 신설하는 내용을 두었다. 이 논문은 개정 전 민법 제844조 제2항의 문제점을 살펴보고 이에 대한 헌법재판소의 결정내용과 헌법상 기본권 침해측면 및 해결방안의 측면에서 다수의견 및 반대의견의 당부를 살펴보고 마지막으로 개정된 민법규정의 내용 등을 간략하게 살펴보기로 한다.

주제어 : 혼인관계 종료 후 300일 내, 친생자 추정, 친생부인의 소, 진실한 혈연관계, 혼인중 포태

• 투고일 : 2019.06.28. / 심사일 : 2019.07.16. / 게재확정일 : 2019.07.17.

\* 본 논문은 필자가 헌법재판소 국선대리인으로 활동하던 중 담당했던 실제 사례를 토대로 작성한 것이다. 개정 전 민법 제844조 제2항은 위 헌재 결정 후 민법 제844조 제3항으로 분리규정되었지만 동 규정에서 ‘자를 자녀로’, ‘포태를 임신’으로 그 표현만 변경한 외에는 그대로 존속하고 있으므로 연구대상은 개정 전 민법규정이지만 이하 단순히 민법이라고만 표기한다.

\*\* 대한변호사협회, 변호사

## I. 사건의 개요

이 사건 헌법소원심판 청구인은 2005. 4. 25. 소외 유○술과 혼인신고를 하고 법률상 부부였다가 2011. 12. 19. 이혼에 합의하고 서울가정법원으로부터 협의이혼의사 확인을 받은 다음 2012. 2. 28. 관할 구청에 협의 이혼신고를 하였다. 이후 청구인은 소외 송○민과 동거하면서 2012. 10. 22. 딸을 출산하였다.

청구인은 2013. 5. 6. 관할 구청을 방문하여 생부인 송○민의 성을 따라 송○윤이라는 이름으로 딸의 출생신고를 하려고 하였다. 그런데 담당 공무원으로부터 민법 제844조에 따라 혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자녀는 전남편의 친생자로 가족관계등록부에 기재되므로 전남편의 성(姓)에 따라 유○윤으로 기재되며, 이를 해소하기 위하여는 친생부인의 소를 제기하여 확정판결을 받아야 한다는 말을 듣고 출생신고를 보류하였다.

한편, 2013. 5. 8. 서울의대 법의학교실의 유전자검사 결과 송○윤은 송○민의 친생자로 확인되었고, 생부인 송○민은 송○윤을 자신의 친생자로 인지하려고 하였지만 민법 제844조 제2항에 따라 송○윤이 소외 유○술의 친생자로 추정받기 때문에 송○민은 인지를 할 수도 없는 상태이다. 이에 청구인은 친생자 추정을 규정한 민법 제844조 제2항이 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하면서, 2013. 9. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## II. 현재결정의 요지

### 1. 위헌 다수의견의 내용

오늘날 이혼 및 재혼이 크게 증가하였고, 2005년 민법개정을 통해 여성의 재혼금지기간이 삭제되었으며, 협의이혼시 이혼숙려기간 및 재판상 이혼시 조정전치주의가 도입됨에 따라 혼인 과탄으로부터 법률상 이혼까지의 시간적 간격이 크게 늘어나게 됨에 따라, 이제 여성이 전남편 아닌 생부의 자를 포태하여 혼인 종료일로부터 300일 이내에 그 자를 출산할 가능성은 과거에 비하여 크게 증가하게 되었을 뿐만 아니라 유전자검사 기술의 발달로 진실한 혈연관

계에 있는 부자관계를 의학적으로 확인하는 것이 쉽게 되었다.

그런데 심판대상조항에 따르면, 혼인 종료 후 300일 내에 출생한 자녀가 유전자 검사를 통해 전남편의 친생자가 아님이 명백하고, 전남편도 자에 대한 친생부로 추정을 원하지도 않으며, 생부는 오히려 그 자를 인지하려는 경우에도, 그 자녀는 전남편의 친생자로 추정되어 가족관계등록부에 전남편의 친생자로 등록되고, 이를 번복하기 위해서는 엄격한 친생부인의 소를 통해서만 가능하다. 그 결과 심판대상조항으로 인해 이혼한 모와 전남편은 각자 새로운 가정을 꾸리는 데 부담이 되고, 자녀와 생부는 진실한 혈연관계를 회복하는데 있어 장애가 되고 있다.

이와 같이 1958년 민법 제정 이후 사회적·법률적·의학적 사정변경을 전혀 반영하지 아니한 채, 이미 혼인관계가 해소된 이후에 자가 출생하고 생부가 그 출생한 자를 인지하려는 경우마저도, 아무런 예외 없이 그 자를 전남편의 친생자로 추정함으로써 친생부인의 소를 거치도록 강제하는 이 사건 심판대상조항은 입법형성의 한계를 벗어나 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해한다.

다만 심판대상조항을 위헌으로 선언하면 친생추정의 효력이 즉시 상실되어 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자의 법적 지위에 공백이 발생할 우려가 있고, 심판대상조항의 위헌상태를 어떤 기준과 요건에 따라 개선할 것인지는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하므로, 헌법불합치결정을 선고하되 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속적용을 명한다.

## 2. 합헌 반대의견의 내용

이 사건 심판대상조항은 자녀로 하여금 출생과 동시에 안정된 법적 지위를 갖게 함으로써 법적 보호의 공백을 방지하는 기능을 수행한다는 점에서 그 합리성이 인정되므로, 입법재량의 한계를 준수한 것이고 심판대상 조항 그 자체는 모의 기본권을 침해하지 아니한다.

다만 친생자 추정은 친생부인의 소와 유기적으로 작용하는 것인데, 다수의견이 지적하는 문제점을 해결하는 길은 오히려 친생부인의 소를 규정한 민법

제846조 및 제847조로 그 심판대상을 확장하여, 그 규정들이 추정을 반복할 수 있는 보다 합리적인 방법을 규정하지 아니한 채 존속하는 부진정 입법부작위가 위험인지 여부를 논하는 것이 타당하다.

### III. 문제점

친자관계는 부모와 자를 정하는 일로서 혼인관계와 더불어 가족관계의 기초가 된다. 법률적으로 친자관계라 하면 혈연에 의한 친생 친자관계와 입양과 같은 당사자의 의사에 의한 법정 친자관계가 있을 수 있고 전자의 친생친자관계는 통상적으로 부모의 법률상 혼인상태 여부에 따라 혼인중의 출생자와 혼인 외의 출생자로 나뉘게 된다<sup>1)2)</sup>.

그리고 민법상 친자관계로 결정이 나면 부모와 자녀사이에 친권과 양육의 문제가 발생하고 일방의 사망시 상속이라는 법률효과가 발생하므로 가족관계에 있어서 중요한 사항이라고 할 수 있다.

다만 친생자 관계의 경우 모자관계는 일반적으로 임신과 출산이라는 외형적 사실로 확정이 가능하지만<sup>3)</sup>, 부자관계는 그러한 외형적인 사실을 그대로 인정

- 
- 1) 김주수/김상용, 친족상속법, 법문사, 2006, 257면 참조.
  - 2) 혼인중의 출생자와 혼인외의 출생자는 친자관계의 성립과 친자관계의 효과에서 차이가 있으므로 용어의 사용을 엄격히 하여야 함에도 불구하고 우리민법은 그 용어를 혼동하고 있는 경우가 있는데 즉, 민법 제844조의 표제는 ‘부의 친생자 추정’이라고 하고 있으나 엄격한 의미에서는 ‘혼인중의 출생자의 추정’이라는 뜻이고 민법 제846조는 ‘친생자임을 부인하는 소를 제기할 수 있다’라고 규정하고 있으나 이것도 ‘혼인중의 출생자임을 부인하는 소를 제기할 수 있다’는 뜻으로 봐야한다는 견해가 있다. 김주수, 주석민법(친족3)(제2판), 한국사법행정학회, 2002, 43면 참조.
  - 3) 그러나 임신과 출산을 통해 모자관계를 결정하는 문제도 예컨대 불임부부가 자신의 정자와 난자의 생식세포를 결합시켜 생성된 배아를 대리모에게 이식하는 방법으로 출산한 경우에—이를 host Mother형 대리모라(출산대리모) 부르고 이때 대리모는 난자의 제공은 없고 단지 임신과 출산만 한다— 난자를 제공한 모(생모)와 자궁을 제공한 모(산모)중 누구를 친생모로 결정할지에 대해서도 논쟁이 있다. 이영규, 대리모에 의한 출산자의 모자관계, 한국법정책학회, 법과정책연구 제10집 제1호, 2010. 88면 참조. 다만 서울가정법원은 ‘민법상 부자관계와 관련하여 처가 혼인중에 포태(胞胎)한 자는 친생자로 법률상 추정(제844조)되고, 친생부인의 소를 통하여서만 친생자관계를 깨뜨릴 수 있으며, 혼인 외의 출생자는 생부가 인지할 수 있다(제855조 제1항). 그러나 모자관계(母子關係)는 친생자로 추정하거나 그 친생자관계를 부인하는 명시적인 규정이 없고, 다만 혼인 외의 출생자에 대하여 생모가 인지할 수 있으나(제855조 제1항), 그 인지는 기아(棄兒) 등 모자관계가 불분명한 특수한 경우에 한하여

하기는 어렵다<sup>4)</sup>. 왜냐하면 부자관계는 출산과 같은 명확한 증거가 없고 처가 혼인관계 존속중에 포태하였다고 하더라도 가령 불륜관계에 있는 남자와 사이에서 임신하여 자를 출산한 경우에는 법률상 부와 혈연상의 부가 일치하지 않을 수 있고, 사례에서 청구인처럼 전남편과의 혼인관계가 종료되자 곧바로 다른 남자와 사실혼 관계를 형성하고 자를 출산하였는데 출산시기가 전혼관계가 종료한 후 300일 내라면 친생자 추정에 따른 법률상 부와 진실한 혈연관계에 있는 생물학적 부가 일치하지 않을 수 있기 때문이다.

그런데 출생한 자에게 생부가 따로 있고 그 점에 대해서 유전자검사결과를 통해 생부와 자사이의 부자관계가 명백히 증거가 뒀에도 불구하고 민법 제844조 제2항에 따라 전남편이 일단 친생부로 추정을 받는다는 것과 이를 바로잡기 위해서는 2년의 제척기간안에 친생부인의 소를 제기하여 확정판결을 받아야만 친생자 추정이 번복될 수 있고 그에 대한 어떠한 예외가 법률에 규정되어 있지 않아서 출산을 중심으로 하여 관련자들의 헌법상 기본권이 제한을 받고 있고 그 정도가 정당하다고 볼 수 있는 것인지가 문제되었다고 할 것이다<sup>5)</sup>.

허용되고, 그 인지청구의 법적 성질도 생부에 의한 인지청구(형성소송)와는 달리 ‘확인소송’에 해당하며, 일반적인 혼인 외의 출생자와 생모 사이에는 생모의 인지가 없어도 ‘출산’으로 당연히 법률상 친족관계가 생긴다고 해석하는 것이 일관된 판례(대법원 1967. 10. 4. 선고 67다1791판결 등 참조)이다. 즉, 우리 민법상 부모를 결정하는 기준은 ‘모의 출산’이라는 자연적 사실이라고 할 것이다. 이에 대하여 인공수정 등 과학기술의 발전에 맞추어, 법률상 부모를 ‘출산’이라는 자연적 사실이 아니라 유전적인 공통성 또는 수정체의 제공자와 출산모의 의사를 기준으로 결정하여야 한다는 의견이 있을 수 있다. 그러나 ‘출산’이라는 자연적 사실은 다른 기준에 비해 그 판단이 분명하고 쉬운 점, 모자관계는 단순히 법률관계에 그치는 것이 아니라, 수정, 약 40주의 임신기간, 출산의 고통과 수유 등 오랜 시간을 거쳐 형성된 정서적인 부분이 포함되어 있고, 그러한 정서적인 유대관계 역시 ‘모성’으로서 법률상 보호받는 것이 타당한 점, 그런데 유전적 공통성 또는 관계인들의 의사를 기준으로 부모를 결정할 경우 이러한 모성이 보호받지 못하게 되고, 이는 결과적으로 출생자의 복리에도 반할 수 있는 점, 또한 유전적인 공통성 또는 수정체의 제공자를 부모로 볼 경우 여성이 출산에만 봉사하게 되거나 형성된 모성을 억제하여야 하는 결과를 초래할 수 있고, 그러한 결과는 우리 사회의 가치와 정서에도 맞지 않는 점, 정자나 난자를 제공한 사람은 민법상 ‘입양’ 특히 친양자 입양을 통하여 출생자의 친생부모와 같은 지위를 가질 수 있는 점 등에 비추어 보면, 우리 민법상 부모를 결정하는 기준은 그대로 유지되어야 한다고 판단된다’라고 결정한바 있다(서울가정법원 2018. 5. 9. 결정 2018브15).

- 4) 현재 1997. 3. 27. 선고 95헌가14, 96헌가7(병합) 결정. 김상헌, 친자관계에 있어서 헌법재판의 역할에 관한 고찰- 민법 제844조 제2항 등 위헌확인 사건을 중심으로, 친족·상속법적 관점에서-, 서울법학 제25권 제4호, 2018, 123면 참조.
- 5) 사례에서 이 사건 헌법소원 청구인인 모, 자, 자의 생부, 전혼관계의 남편의 기본권이 문제되는데 전혼관계의 남편(夫)을 표현함에 있어서 독일어 Scheinvater를 번역하여 표현부(表見父)라고 부르는 견해도 있지만 이 논문에서는 민법규정에 따라 ‘부’라고 하거나 ‘전혼부’라고 표기한다.

## IV. 혼인 종료 후 300일내 친생자 추정

### 1. 민법의 규정

이에 대해서 우리 민법의 규정은 제844조에서 ‘부의 친생자의 추정’이라는 제목하에 ‘① 妻가 혼인중에 포태한 子는 夫의 子로 추정한다. ② 혼인성립의 날로부터 2백일 후 또는 혼인관계종료의 날로부터 3백일 내에 출생한 子는 혼인중에 포태한 것으로 추정한다’라고 규정하고 있었다<sup>6)</sup>.

그리고 위 제844조와 관련하여 민법 제846조는 친생부인의 소에 대하여 ‘부부의 일방은 제844조의 경우에 그 자가 친생자임을 부인하는 소를 제기할 수 있다’라고 규정하고, 제847조는 ‘① 친생부인의 소는 夫 또는 妻가 다른 일방 또는 子를 상대로 하여 그 사유가 있음을 안 날로부터 2년 내에 이를 제기하여야 한다<sup>7)</sup>. ② 제1항의 경우에 상대방이 될 자가 모두 사망한 때에는 그 사망을 안 날로부터 2년 내에 검사를 상대로 하여 친생부인의 소를 제기할 수 있다.’라고 규정하고 있었다.

### 2. 친생자 추정 제도의 필요성

#### 1) 자의 복리관점

이 사건 친생추정제도는 1958. 2. 2. 우리 민법 제정당시에 1898년에 제정된 일본민법 제772조<sup>8)</sup>를 그대로 도입하여 규정한 이래로 2015. 4. 30. 이 사건 헌법재판소의 결정이 있기 전까지 단 한번도 개정되지 아니한 채 존속하여 왔다.

6) 이 사건 헌법재판소의 결정에 따라 개정된 민법 제844조는 1958년 민법이 제정된 때부터 계속 존속하여 왔는데 ‘처와 부’를 ‘아내와 남편’으로, ‘포태’를 ‘임신’으로 문구 변경하고, 중전 임신시기의 추정에 관한 1개 조항을 2개의 조항으로 분리한 것 외에는 달라진바가 없다.

7) 위 제847조 제1항 친생부인의 소는 과거에는 ‘출생을 안날로부터 1년내’로 규정하고 있었으나 헌법재판소 1997.3.27.95헌가14결정에서 헌법불합치 결정을 받아 이후 ‘사유가 있음을 안날로부터 2년’이라고 개정됨으로서 혈연진실주의에 입각한 가족생활의 형성요구에 보다 근접하였다고 생각된다.

8) 일본 민법 제772조는 ① 처가 혼인중에 포태한 자는 夫의 자로 추정한다. ② 혼인의 성립 일로부터 200일 경과한 후, 혼인이 해소 또는 취소된 날로부터 300일 이내에 출생한 자는 혼인중에 포태한 것으로 추정한다. 라고 규정하고 있다.

민법이 처가 혼인 중에 포태한 자 또는 혼인관계가 종료한 뒤 3백일 내에 출생한 자는 전혼관계의 부(夫)의 자로 추정하고 있는 점은 출생과 동시에 부자관계를 신속히 확정하여 자기 일단 부의 친생자로 등록되게 함으로써 부모의 친권과 양육에 포함되게 함으로써 안정된 법적 지위를 부여하는 역할을 수행하게 되고 그 추정을 번복하는 방법도 엄격한 친생부인의 소로서만 가능하게 함으로써 자의 복리를 위해 필요하다는 인식에서 출발하였다. 이러한 점은 이 사건 헌법재판소도 동일하게 보고 있다<sup>9)</sup>.

## 2) 의학적 배경의 관점

민법 제844조 제2항에서 규정한 200일과 300일의 기간은 모가 태아를 임신하여 출산 시까지의 최단기간과 최장기간에 해당하는 의학적 통계치를 바탕으로 한다. 통상적으로 태아의 임신기간이 280일(40주)인 것은 의학적으로 인정되는 사실이고, 산모의 개인적 차이를 고려하더라도 출산일로부터 역산하여 200일 내지 300일 이내에 포태되었을 것이라고 추정하는 것은 경험칙에 부합하는 것으로 보는 것이다.

더욱이 1958년 민법 제정당시에는 의학적으로 영아사망률이 높아서 부모는 자가 출생 후에도 일정기간 출생신고를 미룬 채 양육하다가 뒤늦게 출생신고를 하는 사례도 많았다. 따라서 자가 출생 후 친생자 추정의 문제가 생겼다가도 그 자가 사망하게 되면 그러한 추정의 문제가 발생할 가능성도 적었을 것으로 보인다.

그리고 당시에는 오늘날 유전자 검사와 같은 친자관계를 확인할 수 있는 방법이 존재하지 아니하였으므로 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 법률상 예외 없이 부(夫)의 친생자로 추정하는 데는 상당한 합리적 근거가 있었다고 할 수 있다.

9) 최근 유전자검사 기술의 발달로 과학적 친자감정이 가능하게 되었으므로, 위와 같이 개연성에 기반을 둔 친생추정제도를 계속 유지할 필요가 있을지 의문이 제기될 수 있다. 그러나 출생과 동시에 자에게 안정된 법적 지위를 부여함으로써 자의 출생 시 법적 보호의 공백을 없앴다는 측면에서 친생추정은 여전히 자의 복리를 위하여 매우 중요하다. 특히, 친자관계에 대하여 다툼이 없는 대다수의 경우 친자관계를 형성하기 위하여 특별한 절차를 밟을 필요가 없다는 점을 고려하면 친생추정제도는 계속 유지될 필요성이 있다(헌재 2015. 4. 30. 선고 2013헌마672).

### 3) 사회적 배경의 관점

민법이 제정되던 1958년도 사회상황을 보면 당시에는 사회적으로 부부가 이혼하는 사례도 낮았을 뿐만 아니라 여성이 이혼 후 다른 남자와 재혼하는 경우도 흔한 일이 아니었다. 더욱이 여자는 혼인관계의 종료한 날로부터 6월을 경과하지 아니하면 혼인하지 못하도록 하는 여성의 재혼금지기간이 존재하고 있어서 혼인관계가 종료된 후 6개월이 지나서 생부인 남자와 재혼을 하여 자를 출산했을 경우 응당 전혼관계가 종료된 후 300일 이후에 출산하게 될 것이므로 그 자가 전혼 부의 친생자로 추정되는 것은 불가능하였다<sup>10)11)</sup>.

## 3. 친생자 추정의 효과

### 1) 인지 불가능

통상적으로 법률상 추정이 있는 경우에는 상대방은 반대사실의 증거를 제출함으로써 그 추정을 번복시킬 수 있는데 반해 친생자 추정의 효력이 미치는 한도에서는 특별한 절차로서 법원에 ‘친생부인의 소’를 제기하여 재판을 통해서만 번복시킬 수 있도록 규정하고 있다(민법 제846조).

그 결과 부와 자 사이에 친생자 추정이 친생부인의 소를 통해 번복되기 전까지는 진실한 혈연관계에 있는 생부라 할지라도 인지를 할 수도 없고 자도 생부에 대해 인지청구를 할 수도 없다.

### 2) 가족관계등록

가족관계등록 등에 관한 법률(이하 ‘가족관계등록법’이라고 한다) 제44조 내지 제46조는 자녀가 출생한 경우 1개월 이내에 부 또는 모가 출생증명서를 첨부하여 출생신고를 하도록 규정하고 있다. 이때 친생자 추정이 친생부인의 소를 통해 번복되기 전까지는 모가 출생신고를 할 경우에도 가족관계등록부에는 전혼 부의 자로 등록하게 된다. 이는 모가 생부가 따로 있다고 주장하고 유전자 검사결과와 같은 입증자료를 제시한다고 할지라도 가족관계등록공무원에게

10) 송이도, ‘혼인종료후 300일 이내에 출생한 자’의 친생추정에 관한 연구, 가족법연구 제29권 제1호, 2015, 271면 참조.

11) 이외에도 가정의 평화를 유지하는 것도 친생자 추정의 필요성으로 든다. 그러나 이 논문은 전혼관계가 종료된 후 300일 내의 출생사례를 대상으로 하므로 이미 전혼관계는 해소되었으므로 유지할 가정평화는 존재하지 않는다고 할 것이다.



는 형식적 심사권만 있고 실질적 심사권이 없으므로 생부의 자가 아닌 전혼부의 자로 등록할 수 밖에 없다<sup>12)</sup>.

더욱이 가족관계등록법 제47조는 ‘친생부인의 소를 제기한 때에도 출생신고를 하여야 한다’라고 규정하고 있어 모의 입장에서는 친생자 추정이 미치는 자에 대해서는 일단 전혼 부의 자로 출생신고를 하게 되고 그 부의 성과 본을 부여받게 되며 친생부인의 판결이 확정된 후 다시 가족관계등록부를 변경하는 절차를 밟아야 한다<sup>13)</sup>.

### 3) 우회 수단의 등장

위와 같이 혼인 종료후 300일내 친생자 추정으로 인해 모의 입장에서는 첫째, 출생한 자의 출생신고를 미루는 현상이 발생한다. 물론 출생신고는 출생후 1개월 내에 해야 하지만 과태료의 부담을 무릅쓰고서라도 우선 당장 전혼부의 가족관계등록부에 자가 친생자로 등록되는 것을 원치 않는 것이다<sup>14)</sup>. 이렇게 출생신고를 미루게 됨으로써 자는 전혼부이든 생부이든 누구와도 부자관계가 형성되지 아니하여 건강보험이나 부가 근무하는 회사로부터의 복지 혜택 등父를 매개로 한 사회적 배려에서 배제되는 문제가 발생한다.

그리고 모는 생부의 자로 출생신고를 하기 위해서 병원이 아닌 자택 등의 장소에서 출산하고 2인의 인우보증서를 통해 자의 출산일을 위 300일 이후로 사실과 달리 기재하여 출생신고를 함으로써 형법상 公正證書原本等의不實記載罪로 처벌될 위험에 놓이게 된다.

### 4) 친생부인의 소

부자관계가 친생자 추정을 받고 있는 한 오로지 친생부인의 소로서만 번복

12) 가족관계등록예규 제91호는 ‘혼인중의 여자가 다른 남자와의 사이에서 출생한 자녀는 친자관계에 관한 재판이 없는한 다른 남자의 자녀로 출생신고할 수 없다’라고 정하고 있다.

13) 현소혜, 친생자추정과 가족관계등록절차의 개선방안, 경북대학교 법학연구원 법학논고, 제 49집 2015, 제265면.

14) 실제 한국가정법률상담소가 2014. 9. 25. 이 사건 헌법소원 사건에 제출한 의견서를 보면 “작년 5월에 전남편과 협의이혼에 따른 신고를 마쳤는데 그 해 7월에 현재 남편의 자녀를 출산했으나 자녀가 2살인데 아직 출생신고를 하지 못하고 있다”, “전 남편과 4년간 별거하였고 그 기간중에 현재 남편을 만나 아이를 가진 후 전 남편과는 이혼하고 아이를 낳았다. 아직 아이 출생신고를 하지 않았는데 친생부인절차를 알고자 한다”라는 취지의 2012. 부터 2014. 8. 까지 54건의 유사한 내용의 상담사례를 제시하고 있다.

이 가능하다<sup>15)</sup>. 그리고 이러한 친생부인의 소는 夫 또는 妻가 다른 일방 또는子を 상대로 하여 그 사유가 있음을 안 날로부터 2년 내에 이를 제기하여야 하는데(민법 제847조) 이에 대해서는 친생자 추정을 반복하여 혈연진실주의를 실현하기 위함이라는 점과 친생부인을 엄격한 요건하에서만 할 수 있도록 함으로써 가정의 평화 내지 자의 복리를 실현하는 것을 목적 하에 혈연진실주의를 일부 제한하기 위함이라는 입법목적을 들기도 한다<sup>16)</sup>.

## V. 기본권의 침해

### 1. 친생자 추정에 대한 상황변화

첫째, 1958년 민법이 제정된 당시에 비해 오늘날 우리 사회의 의학적, 사회적, 법률적 상황이 급속도로 변화되었다. 즉, 이혼 및 재혼에 대한 사회적 인식이 변화하여 이혼율 및 재혼건수가 가파르게 증가하였고<sup>17)</sup>, 여성의 재혼을 일정기간 금지하던 구 민법 제811조가 2005. 3. 31. 삭제됨으로써 이제 여성이 이혼을 통해 혼인관계를 종료하고 곧바로 전남편이 아닌 다른 남자와 교제하고 임신하게 됨으로써 300일내에 출산할 가능성이 높아졌다.

둘째, 혼인관계가 종료되는 과정을 보면 협의상 이혼의 경우 민법 제정시에는 호적법에 따른 신고로서 효력이 발생하였으나, 1977. 12. 31.에는 가정법원의 확인을 받아 신고하도록 변경되었고(민법 제836조), 2007. 12. 21.에는 신중

15) 민법 제844조 제1항의 친생추정은 다른 반증을 허용하지 않는 강한 추정이므로, 처가 혼인 중에 포태한 이상 그 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동서의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에만 그러한 추정이 미치지 않을 뿐이고 이러한 예외적인 사유가 없는 한 아무도 그 자가 부의 친생자가 아님을 주장할 수 없는 것이어서, 이와 같은 추정을 반복하기 위하여는 부가 민법 제846조, 제847조에서 규정하는 친생부인의 소를 제기하여 그 확정판결을 받아야 하고, 이러한 친생부인의 소의 방법이 아닌 민법 제865조 소정의 친생자관계부존재확인 소의 방법에 의하여 그 친생자관계의 부존재확인을 소구하는 것은 부적법하다.(대법원 1997. 2. 25. 선고 96므1663 판결).

16) 현소해, 앞의 글, 264면.

17) 승이도, 앞의 글은 통계청의 자료를 인용하여 ‘이혼율은 1938년 0.37에서 2010년 2.31로 6배이상 증가하였고, 재혼건수도 1982년 43,600여건에서 2012년 107,600여건으로 증가하였다’고 기술하고 있다.

하지 못한 이혼을 방지하기 위하여 이혼숙려기간 제도마저 도입되었다(민법 제836조의2<sup>18)</sup>). 이에 따라 과거에는 당사자의 이혼의사 합치와 호적법에 의한 신고만으로 이혼할 수 있었으나, 현재는 가정법원에서 이혼에 관한 안내를 받고 그 안내를 받은 날부터 일정 기간이 지난 다음 법원으로부터 이혼의사 확인을 받아야만 협의상 이혼이 가능하게 되었다. 그리고 재판상 이혼의 경우에도 1990. 12. 31. 가사소송법이 제정되면서 조정전치주의가 도입되어 이혼의 소를 제기하려면 먼저 조정을 신청해야 하게 되었다(가사소송법 제50조<sup>19)</sup>). 그 결과, 혼인관계가 파탄에 이른 뒤 법률상 이혼의 효력이 발생하기까지 시간 간격이 크게 늘어나게 되면서 여성이 이미 파탄에 빠진 혼인관계의 도덕적 구속에서 벗어나 부가 아닌 다른 남자의 자를 포태할 가능성이 높아졌고 그럼으로써 혼인 종료일로부터 300일 이내에 부의 자가 아닌 생부의 자를 출산할 가능성이 증가하게 되었다.

셋째, 과거에 비해 영아사망률이 감소함으로써 혼인관계가 종료 후 출생자에 대해 부자관계 결정 및 친생자 추정의 사례가 증가하게 되었다<sup>20)</sup>. 그리고 여성이 전혼관계가 해소된 후 재혼하거나 사실혼 관계 속에서 자를 임신하였을 경우에 그 자가 무產한 경우에는 역시 혼인관계 해소 후 300일내에 해당되게 된다<sup>21)</sup>.

18) 제836조의2(이혼의 절차) ① 협의상 이혼을 하려는 자는 가정법원이 제공하는 이혼에 관한 안내를 받아야 하고, 가정법원은 필요한 경우 당사자에게 상담에 관하여 전문적인 지식과 경험을 갖춘 전문상담인의 상담을 받을 것을 권고할 수 있다.

② 가정법원에 이혼의사의 확인을 신청한 당사자는 제1항의 안내를 받은 날부터 다음 각 호의 기간이 지난 후에 이혼의사의 확인을 받을 수 있다.

1. 양육하여야 할 자(포태 중인 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)가 있는 경우에는 3개월

2. 제1호에 해당하지 아니하는 경우에는 1개월

19) 제50조(조정 전치주의) ① 나류 및 다류 가사소송사건과 마류 가사비송사건에 대하여 가정법원에 소를 제기하거나 심판을 청구하려는 사람은 먼저 조정을 신청하여야 한다.

② 제1항의 사건에 관하여 조정을 신청하지 아니하고 소를 제기하거나 심판을 청구한 경우에는 가정법원은 그 사건을 조정 회부하여야 한다. 다만, 공시송달의 방법이 아니면 당사자의 어느 한쪽 또는 양쪽을 소환할 수 없거나 그 사건을 조정 회부하더라도 조정이 성립될 수 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

20) 이에 관해 승이도, 앞의 글은 통계청 국가통계포털의 내용을 인용하면서 ‘영아사망률은 1965년의 89.7에서 2010년 기준 4.6으로 약 1/19수준으로 감소하였다’고 기술하고 있다.

21) 한국가정법률상담소가 제출한 앞의 의견서에도 “협의 이혼 직후 교제중이던 남성의 아이를 임신했는데 원래 예정일 보다 4개월이나 앞서 조산을 하여 친생추정으로 인해 전남편의 친자로 등재”된 사례가 제시되었다.

넷째, 과거에는 존재하지 아니하던 유전자검사 기술의 발달로 인해 부자관계도 과학적으로 정확하게 확인할 수 있게 되었다<sup>22)</sup>. 그럼으로서 생부와 자가 유전적, 생물학적 혈연관계에 있는지 여부를 곧바로 확인할 수 있다<sup>23)</sup>.

위와 같이 과거와는 달리 사회적 상황이 많이 변하였고<sup>24)</sup> 이 사건 헌법소원 심판사건에서도 청구인은 혼인관계가 종료된 후 곧바로 생부와 사실혼 관계를 시작함으로써 전혼관계가 종료된 후 약 8개월 만에 자를 출산하게된 것인데 유전자 검사결과 생부와 출생자 사이에 친자관계에 있음이 확인되었다.

## 2. 기본권 침해

### 1) 관련자의 기본권

그런데 민법 제844조 제2항의 친생자 추정으로 인해 이를 해소하기 위해서 부 또는 모는 친생자 아님을 안날로 부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기하여 승소판결을 받아야만 친생자 관계를 해소할 수 있다.

그 결과 첫째, 모의 입장에서는 자에 대한 출생신고를 할 경우 친생추정에 따라 일단 과거에 이혼한 전 남편(夫)의 자로 출생신고를 하고 난후 별도로 그 부를 상대로 친생부인의 소를 제기하여야 한다<sup>25)</sup>. 이러한 경우 유전자 검사를

22) 이러한 유전자검사를 통해 친자여부를 확인해주는 검사기관이 있는데 그 검사비용도 1인당 약 12만원 수준을 제시하고 있고 검사방법은 자와 부의 모근, 구강내 조직 샘플, 손·발톱 등을 통해 간단하게 검사할 수 있다.

23) 이 사건 헌법소원 심판에서도 청구인은 서울대 법의학 연구소에 의뢰하여 자신과 자 그리고 생부 3명의 유전자검사를 실시하였는데 청구인과 자는 99.9998%, 생부와 자는 99.9963%의 부권확률을 갖고 있고 각 모자관계 및 부자관계가 인정된다는 유전자검사 결과를 얻은바 있다.

24) 개인의 자유와 성적 개방의 사회변화에 대하여 헌재는 “우리 사회에서 혼인한 남녀의 정조유지가 전통윤리로 확립되어 있었고, 일부일처제의 유지와 부부간의 정조의무 역시 도덕기준의 하나로 정립되어 왔다. 그러나 최근 전통적인 가족 구조 및 가족 구성원의 역할이나 지위에 대한 인식이 변화하고 있고, 급속한 개인주의 및 성개방적 사고가 확산됨에 따라 결혼과 성에 대한 인식도 바뀌어 가고 있다. 또한, 오늘날 우리 사회는 가치판단에 있어서 전통적인 성 도덕의 유지 내지 부부간 정조의무 보호라는 법익 못지않게 성적 자기결정권을 자유롭게 행사하는 것이 개인의 존엄과 행복추구의 측면에서 더한층 중요하게 고려되는 사회로 변해가고 있다는 점도 무시할 수 없다(2015. 2. 26. 2009헌바17등(병합))”라고 보고 있다.

25) 한국가정법률상담소, 앞의 의견서는 모에 대한 상담사례로서 “탈북하여 자녀(2세)의 생부를 만나 동거하다가 북한에 있는 남편과 재판상 이혼하고 4개월뒤 출산을 했는데 출생신고를 못하고 있음”, “조선족 여성인데 중국인 남편과 혼인신고 직후 한국에 일하러 와 별

통해 생부가 누구인지 명백한 경우에도 무조건 전혼의 부의 친생자로 추정함은 진실한 혈연관계에 따라 가족을 구성하려는 모의 인격권과 행복추구권을 침해하고 헌법 제36조 제1항에서 규정한 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 가족생활에 관한 기본권을 침해하게 된다. 그리고 모는 출생한 자와 전남편이 친생자 관계로 추정되는 점을 피하기 위해서는 출생신고를 하지 않은 채 자를 양육하게 되거나 출생일을 사실과 달리 300일 이후라고 허위로 정해서 출생신고를 할 가능성이 있는데 이러한 경우 형법 제228조에서 정한 공정증서원본등부실기재죄<sup>26)</sup>로 형사처벌될 위험성을 부과하면서까지 친생자추정을 강제할 수 있을 것인지 하는 의문이 있다.

둘째, 전혼의 夫 입장에서는 전처인 모가 출산한 자의 포태에 자신은 아무런 관련한 바가 없음에도 불구하고 모가 자에 대한 출생신고를 경료하면 가족관계등록부에 자신의 자로 등록되어 친권과 부양의무를 부담하게 되고 이를 해소하기 위해서는 스스로 친생자 아님을 안 날로 부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기하거나 제기된 친생부인의 소에 피고로서 응소를 해야하는 불편함이 따른다<sup>27)</sup>. 또한 전혼 부가 재혼을 하여 새로운 가정을 형성한 상태라면 이로 인해 재혼가정에도 불화가 생길 가능성이 있고 더 나아가 전혼 부가 사망하였을 경우 자신과 아무런 혈연관계가 없는 출생자가 상속인이 되는 문제도 발생한다.

셋째, 생부의 입장에서는 법률적으로는 친생부인의 소를 통해 전혼 부와의 친생자 추정이 해소되기 전까지는 자신과 진실한 혈연관계에 있는 자를 인지할 수도 없고 친권의 행사나 부양의 의무도 없는 법률상 무관계한 지위에 놓이게 된다<sup>28)</sup>.

거중 2011. 10. 경 전남편과 이혼하였고 2012. 2. 한국인 남편과 혼인하여 2012. 6. 자녀가 출생하였으나 자녀가 친생추정으로 중국인인 전남편의 친자가 된다고 함”의 내용을 보고 하였다.

26) 제228조(공정증서원본등의부실기재) ①공무원에 대하여 허위신고를 하여 공정증서원본 또는 이와 동일한 전자기록등 특수매체기록에 부실의 사실을 기재 또는 기록하게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

27) 한국가정법률상담소, 앞의 의견서는 법률상 부에 대한 상담사례로서 “아내가 10년전 가출했는데 최근 가족관계증명서를 발급받아보니 본인의 자녀가 아닌 아이(4세)가 친자로 등재되어 있음. 내가 낳지도 않은 아이가 어떻게 내 자식으로 올라올 수 있는지.. 절대 용서할 수 없음”의 내용을 보고 하였다.

28) 한국가정법률상담소, 앞의 의견서는 생부의 경우 “남편과 장기간 별거중인 여성과 동거중 자녀(9세)가 태어났는데 자녀 생모의 전남편의 친자로 등록부에 등재됨. 내 자식이 왜 남

넷째, 자의 입장에서는 혈연적 친생자 관계에 있는 생부의 자로 인정받지 못하여 생부의 가족관계등록부에 등록될 수가 없으므로 생부의 부양가족이 되지 못하고 생부에 대하여 인지청구도 할 수 없다<sup>29)</sup>. 그러므로 가사 생부가 회사의 근로자일 경우 생부의 건강보험이나 생부의 소속회사로부터 어떠한 지원이나 복지혜택을 받을 수 없다. 더 나아가 자에 대한 출생 신고시 민법 제781조에 따라 생부가 아닌 부의 성과 본을 따라 등록될 수밖에 없어 자의 성명권도 침해될 수 있다.

이렇듯이 친생추정을 규정한 민법 제844조 제2항에 따라 헌법소원 청구인인 모의 기본권도 제한받지만 이해관계인인 생부, 전혼 부, 자의 기본권도 제한을 받게 된다는 문제점이 있다<sup>30)</sup>.

---

의 자식으로 올라야 하는지.. 더구나 나는 내가 아버지라고 소송을 할 수도 없다고 함” “처는 2012. 5. 29. 전 남편과 협의이혼하고 나와 혼인하였음. 처가 이혼하기 전에 나와 사이에서 낳은 두 아이(8세, 5세) 모두를 아직 출생신고하지 못하고 있음”이라는 내용의 상담사례를 제출한바 있다.

- 29) 같은 한국가정법률상담소는 위 의견서에서 자의 경우에 “협의 이혼 직후 교제중이던 남성의 아이를 임신했는데 원래 예정일 보다 4개월이나 앞서 조산을 하여 친생추정으로 인해 전남편의 친자로 등재됨”, “전 남편의 폭력이 심해 집을 나온 후, 전남편은 다른 여성과 동거하였고 나도 고생하며 살다 다른 남성을 만나 동거하게 되었음. 전 남편과는 1996년에 이혼이 되었고 그해에 아이(13세)를 낳았지만 1998년에 자녀를 출생한 것으로 출생신고를 하였음. 아이가 초등학교 입학할 때가 되니 실제 나이보다 적게 되어 있다는 것에 스트레스를 많이 받고 나이를 본래대로 고쳐달라고 함”이라는 사례를 제출한바 있다. 여기서 한국가정법률상담소는 “3남매 모두 출생신고가 안 되어 있는 경우도 있고 상담현장에서 보면 자녀의 나이가 15세가 넘는 경우도 있습니다. 이 자녀들이 적절한 보호를 받지 못하고 자라고 있음은 쉽게 추론이 가능할 것입니다. 때때로 친생추정을 피해 뒤늦게 출생신고를 하는 사람들도 있는데 이 경우 자녀가 받는 고통 또한 적지 않습니다. 모든 아동은 국가와 부모의 보호를 받으며 성장할 권리가 있는데 출생신고가 안 됨으로써 의료보험을 비롯한 각종 사회복지등의 혜택을 받지 못한다면 부모와 사회, 국가의 보호를 받으며 건강하게 자라야 하는 아동의 권리와 복리를 심각하게 저해하는 결과를 초래하게 될 것입니다. 한편 출생신고가 되었다고 하더라도 친생부인의 소가 확정되기 전까지는 친아버지가 아닌 사람의 자식으로 살아야 한다는 점 역시 아동의 인권에 대한 중대한 침해라고 할 것입니다”라고 의견을 제시한바 있다.
- 30) 다만 모를 제외한 전혼부, 생부, 자는 이 사건 헌법소원심판의 청구인이 아니므로 이들의 기본권도 역시 제한을 받긴 하지만 재판의 당사자가 아니므로 판단대상은 아니다. 그렇지만 현재는 결정이유에서 “夫의 경우 전처가 이혼후 출산한 제3자의 자가 자신의 친생자로 추정되어 부양의무를 부담하게 되고 이를 벗어나려면 2년내에 친생부인의 소를 제기해야 하는 부담을 지게되고 이 제척기간이 도과하면 생부도 자를 인지할 수 없어 진실한 혈연관계를 회복할 길이 막혀버린다”라고 실시하여 청구인을 넘어서 관련자들의 불편함까지도 살피고 있다.

## 2) 모의 인격권 및 행복추구권의 침해

헌법 제10조 인간의 존엄과 가치의 내용인 인격권은 인간의 본질과 고유한 가치를 보호하는 기본권으로서 개인은 국가의 간섭을 받지 않고 자유롭게 인격을 향유할 수 있다<sup>31)</sup>. 그리고 일반적인 행동의 자유와 개성의 자유로운 발현권을 내용으로 하는 행복추구권은 인간의 존엄에서 파생하는 인격권과 결합하여 개인의 자기결정권을 보호한다<sup>32)</sup>.

이 사건에서 현재는 민법이 제정 이후 사회적, 의학적, 법률적 사정변경을 전혀 반영하지 아니하고 아무런 예외 없이 일률적으로 300일 기준만 가지고 친생자 추정을 함으로써 모가 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권을 침해한 것이라고 판단하였다.

## 3) 모의 혼인과 가족생활에 관한 기본권의 침해

이 사건에서 현재는 위와 같은 이유로 모가 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하였다고 판단하였다.

그런데 관련 기본권에 대해서 다음에서 보겠지만 현재는 혼인의 자유는 침해가 없다고 결정하였음에도 결정 이유에서는 “따라서 혼인 종료 후 300일 내에 출생한 자가 전남편의 친생자가 아님이 명백하고, 전남편이 친생추정을 원하지도 않으며 생부가 그 자를 인지하려는 경우에도, 가족관계등록부에는 일단 전남편인 부(夫)의 친생자로 등록될 수밖에 없다. 그로 인하여 모의 경우, 전남편과 이혼하고 새로운 가정을 꾸려 출산한 생부의 자가 가족관계등록부에 전남편의 자로 기재되고 이를 해소하기 위해서는 제소기간 내에 전남편을 상대로 친생부인의 소를 제기해야 하는데, 이러한 사정은 모가 이혼 후 새로운 가정을 꾸리는 데 부담이 될 수밖에 없다”라고 판시함으로써 재혼을 통해 새로운 가정을 꾸리는데 부담이 된다는 혼인의 자유에 대한 관련성을 언급하고 있다. 이 점은 아마도 가족생활에 관한 판단을 언급하면서 헌법조문이 혼인과 가족생활

31) 인격권에 대하여 현재는 ‘헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 각 개인이 그 삶을 사적으로 형성할 수 있는 자율영역에 대한 보장이 포함되어 있음을 감안할 때, 장래 가족의 구성원이 될 태아의 성별 정보에 대한 접근을 국가로부터 방해받지 않을 부모의 권리는 이와 같은 일반적 인격권에 의하여 보호된다고 보아야 할 것인바, 이 사건 규정은 일반적 인격권으로부터 나오는 부모의 태아 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 제한하고 있다고 할 것이다(헌재 2008.7.31.결정2004헌마1010)’라고 판시하고 있다.

32) 진광석, 한국헌법론, 집현재, 2018, 284면 이하 참조.

이라고 되어 있어 한꺼번에 표현한 것이라고 선해할 수도 있을 것이다.

다음으로 가족생활에 대한 권리이다. 이에 대해서 헌법상 혼인과 가족에 관한 권리는 한편으로는 사적자유성이 가장 중시되어야 하는 영역이지만 다른 한편으로는 종족을 유지하는 기능과 교육을 담당하는 기능, 그리고 생활보장기능을 수행하는 일정한 사회성을 띠고 있는데 우리 헌법상 가족질서에 대한 기본적인 입장은 혈연공동체, 경제공동체, 애정공동체, 사회적 공동체등으로 다원적으로 이해될 수 있다고 한다<sup>33)</sup>.

그런데 가족의 본질로서 혈연공동체를 중시하는 태도는 혈연이라는 매체가 있어야 가족으로서 속성을 갖는 것이므로 혈연적 동일성을 보호하는 것을 중요시 하게 되는데 이 사건에 서 현재도 “무엇보다도 과거에는 존재하지 아니하던 유전자검사 기술의 발달로 부자관계도 과학적으로 정확하게 확인할 수 있게 되었다”라고 표현하면서 가족생활에 있어서 혈연적 동일성의 확보를 위헌의 논거로 제시하고 있다.

#### 4) 그 외의 기본권침해의 문제

한편 청구인 모는 이 사건 심판대상조항으로 인하여 청구인이 친생자관계를 바로 잡으려면 전남편을 상대로 친생부인의 소를 제기하여 자와 생부(生父)의 유전자검사 결과를 증거로 제출하고 승소 확정판결을 받아 가족관계등록부를 정리한 다음 생부에 대해 인지를 청구함으로써 생부와 친생자관계를 창설하는 방법을 취할 수밖에 없다. 이런 절차를 거치려면 청구인은 어느 시기에 누구와 성관계를 하였는지를 밝혀야 하는데, 이는 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이라는 점, 청구인은 이러한 문제를 피하기 위하여 일정 기간 동안 사랑하는 사람과 혼인을 미룰 수밖에 없다면 이는 혼인의 자유를 침해하는 것이고, 혼인을 하더라도 일정기간 임신을 회피하기 위하여 성관계를 기피하여야 한다면 성적자기결정권이 침해된다는 점. 과학기술의 발달로 간단하고 저렴한 유전자검사를 통해 친생자 여부를 확실히 밝힐 수 있음에도 불구하고, 심판대상조항은 많은 소송비용이 요구되는 친생부인의 소를 거치도록 강제하고 있어 재산권도 침해한다는 점. 나아가 심판대상조항은 전혼 해소 후 300일 이전에 출산한 여성과 그 후에 출산한 여성을 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해한다라고 주장을 하였다<sup>34)</sup>.

33) 진광석, 앞의 책, 484면 이하 참조.

34) 한편 현소혜, 앞의 글, 267면은 “제3자인 생부의 자임이 명백함에도 전혼 부의 자로 출생



이에 대해 현재는 친생부인의 소 진행과정에서 발생할 수 있는 사생활 공개의 문제는 소송법상 변론 및 소송기록 비공개 제도의 운영에 관련된 문제로서 심판대상조항으로 말미암아 청구인의 사생활의 비밀과 자유가 제한된다고 보기는 어렵고 여성의 재혼금지기간을 규정하던 구 민법 제811조가 폐지된 이상 심판대상조항으로 인하여 청구인의 혼인의 자유 및 성적자기결정권이 제한된다고 보기도 어렵다. 그리고 심판대상조항으로 인하여 청구인이 절차가 간단한 유전자검사 대신 절차가 복잡하고 상대적으로 많은 비용이 들어가는 친생부인의 소를 거치게 됨으로써 경제적 부담이 발생한다고 할지라도, 이러한 불이익은 친생부인의 소를 제기함에 따른 간접효과로서 반사적 불이익에 불과할 뿐 이를 헌법이 보장하는 재산권의 제한으로 보기는 어렵다. 나아가 심판대상조항이 혼인 해소 후 300일 이전에 출산한 여성과 그 이후에 출산한 여성에 차이를 두는 것은 심판대상조항이 혼인 해소 후 300일을 친생추정의 기준으로 삼고 있기 때문인데, 그 기준이 합리적인가에 관하여 인격권 등의 침해 여부를 검토하면서 판단하는 이상 이에 관한 평등권 침해 주장은 다시 별도로 판단하지 아니한다라고 하면서 관련된 기본권에 대한 쟁점을 정리하였다.

### 3. 현재결정에 대한 검토

현재 다수의견의 결론은 “혼인 종료후 300일 내에 출생여부를 친생추정의 원칙적 기준으로 삼는 것 자체가 입법형성의 한계를 넘었다고 볼 수는 없고 자의 법적 지위 안정을 위해 심판 대상 조항과 같은 친생추정 규정도 필요하다<sup>35)</sup>. 다만 친생추정에 아무런 예외를 허용하지 아니한 채 오직 친생부인의 소를 통해서만 친생추정을 번복할 수 있도록 하는 것에서 문제는 비롯되고 그렇다면 독일에서처럼 친생추정에 어떠한 예외를 인정하거나 친생부인의 소보

---

신고를 하도록 하는 것은 허위신고를 강제하므로 모의 양심의 자유에 반한다“라고 주장한다.

- 35) 이 사건 현재의 결정 주문은 “혼인관계 종료의 날로부터 300일내에 출생한 자’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다”라고 되어있어 현재의 주문과 이유가 불일치 한다고 하는 견해도 있을 수 있겠지만 한편으로는 혼인관계 종료 후 출생자에게 전혼부와 생부가 유전적으로 동일한 일반적인 사안에서는 300일 기준자체가 그 정당성을 갖고 있다고 할 수 있고 이 사건 현재의 결정 이유는 그 경우를 지적한 것이라고 선회할 수도 있을 것이다. 다만 자의 복리관점은 일단 전혼부의 자로 출생신고를 함으로써 전혼부의 친권과 양육을 부담시킬 수 있어 일용 자의 복리에 부합하는 듯 하지만 이 사건의 경우 오히려 한 시라도 빨리 적극적으로 인지를 의욕하고 있는 생부의 자로 법률상 인정해줌이 보다 더 자의 복리관점에 부합할 것으로 생각된다.

다 간단하면서 비용도 적게 들어가는 비송사건절차를 통해 그 친생추정을 번복할 수 있는 길을 열어주면, 친생추정의 예외를 인정하지 아니함으로 생기는 위헌성을 제거할 수 있으면서 자의 신분관계의 안정을 도모할 수 있다. 그럼에도 예외 없이 일률적으로 300일의 기준만 강요함으로써 가족 구성원이 겪는 구체적이고 심각한 불이익에 대한 해결책을 마련하지 아니하고 있는 것은<sup>36)</sup> 입법형성의 한계를 일탈한 것이고 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하는 것이다”라고 결론지었다.

이와 관련하여 현재 다수의견은 “친생추정에 일정한 예외를 인정하면 위헌성이 제거될 수 있고 친생부인의 소보다 간단한 비송사건절차를 마련하면 위헌성이 제거될 수 있겠다”라고 보고 있는바 사실 비송사건절차가 마련되어 있지 않는 현 상태에 대한 지적은 오히려 현재 반대의견과 일맥상통한다고 보인다. 현재 반대의견의 요지는 “혼인종료 후 300일의 친생추정은 간주가 아니라 추정일 뿐이고 의학적 통계에 바탕을 둔 것이며 외국 입법례도 동일한 친생추정 규정을 두고 있으므로 문제가 없다. 문제는 그 추정을 번복시킬 수 있는 방법으로 친생부인의 소만 가능하다는 것이기 때문에 친생부인의 소 이외의 방법으로 추정을 번복할 수 없도록 하고 있는 민법 제846조, 제847조로 심판대상을 확대하여 그 규정들이 추정을 번복할 수 있는 보다 합리적이고 간편한 방법을 규정하지 아니한 부진정 입법부작위가 위헌인지 여부를 논하여야 한다”라고 실시하였다.

그리고 현재 다수의견은 “모의 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하는 것이다”라고 보고 있는데 모의 진실한 혈연관계에 기초한 가족생활을 형성할 권리침해는 타당하나 모의 혼인에 관한 기본권을 침해한다는 표현은 선뜻 이해하기 어렵다. 왜냐하면 이미 앞에서 “여성의 재혼금지기간이 폐지되었기 때문에 청구인의 혼인의 자유는 제한되지 않는다”라고 기술하였기 때문에도 그러하다.

한편 소송 요건중 청구기간과 관련하여 ‘사유가 있음을 안날로부터 90일, 그 사유가 있는 날로부터 1년내에 헌법소원 심판을 청구’하도록 되어있다(헌법제

36) 이 사건 청구인은 모일 뿐인데 현재는 가족구성원(생부, 자, 전혼부) 모두의 불이익한 상황에 대해서도 고려하고 있는 것으로 보인다.

판소법 제69조 제1항).이에 대해 현재는 “법령에 대한 헌법소원심판에 있어서, 청구기간의 기산점이 되는 ‘법령에 해당하는 사유가 발생한 날’이란 법령의 규율을 구체적이고 현실적으로 적용받게 된 최초의 날을 의미하는 것으로 보는 것이 상당하다. 즉, 일단 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’하면 그 때로부터 당해 법령에 대한 헌법소원의 청구기간의 진행이 개시되며, 그 이후에 새로이 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’한다고 하여서 일단 개시된 청구기간의 진행이 정지되고 새로운 청구기간의 진행이 개시된다고 볼 수는 없다(헌재 2006.7.27.결정 2004헌마655)”라고 보고 있고 “법률공포후 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 비로서 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 제기하여야 할 것이며 "사유가 발생한 날"은 당해법률이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다.(헌재 1990.6.25.결정 89헌마220)”라고 판시하고 있다.

그렇다면 이 사건 헌법소원심판에서 청구인 모로서는 관할 구청을 방문하여 자의 출생신고를 시도하였지만 담당공무원으로부터 심판대상 규정과 친생추정으로 인해 전혼부의 자로 가족관계등록 후 친생부인의 소를 통해 번복할 수 있다는 말을 듣게 되었으므로 늦어도 2013. 5. 6.에는 법령에 해당되는 사유가 있음을 안날이라고 할 수 있을 것이고 그렇다면 2013. 9. 5. 제기된 이 사건 헌법소원심판은 위 90일을 초과한 것은 아닌지 의문이 있다. 37).

## VI. 개정된 민법규정

현재는 이 사건 헌법소원 심판에 대하여 2015. 4. 30. 헌법불합치결정을 하면서 입법개선이 있을때까지 잠정적용을 명하였다. 그리고 국회논의 과정에서 “혼인관계 종료후 300일내에 출생자일지라도 유전자 검사에 의하여 친생자 아님이 증명된 때에는 친생자 추정에서 제외된다”라는 내용의 의원제안과 “혼인관계 종료후 300일내에 출생자일지라도 친생부인의 소보다 간이한 방법인 가

37) 다만 청구인의 대리인으로서 이러한 청구기간의 문제는 지적하지 아니하였고 현재도 이에 대해 별다른 문제삼지 아니하고 본안판단을 하였다.

정법원의 허가를 받아 친생추정을 배제하거나 또는 생부가 자를 인지할수 있게 하자”라는 내용의 정부제안이 있었지만 최종적으로는 정부안대로 입법되었다고 한다<sup>38)</sup>.

개정된 민법은 제844조에서 기존의 친생자 추정을 조항만 분리한 채 내용은 그대로 유지하고 친생자추정의 예외규정도 두고 있지 않다<sup>39)</sup>. 반면 조문을 신설하여 친생부인허가청구<sup>40)</sup>와 인지허가청구<sup>41)</sup>를 규정하였다<sup>42)</sup>. 이러한 개정내용에 대해서 현재가 헌법불합치결정을 한 “혼인종료후 300일”규정을 삭제하지 않고 별도의 항만 바꾸어 존속시킴으로써 외형적으로 위헌요소를 그대로 두면서 한편으로는 그 위헌요소를 신설된 친생부인허가 청구와 인지허가청구의 요건이 되는 근거규정으로 남겨둔 점에서 매우 특이한 형식이라고 평가되기도 한다<sup>43)</sup>.

38) 정현수, 개정 친생추정제도에 대한 평가, 법학연구 제28권 제1호, 2017, 48면이하 참조.

39) 제844조(남편의 친생자의 추정) ① 아내가 혼인 중에 임신한 자녀는 남편의 자녀로 추정한다.

② 혼인이 성립한 날부터 200일 후에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다.

③ 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다. [2017. 10. 31. 법률 제14965호에 의하여 2015. 4. 30. 헌법재판소에서 헌법불합치 결정된 이 조를 개정함.]

40) 제854조의2(친생부인의 허가 청구) ① 어머니 또는 어머니의 전(前) 남편은 제844조제3항의 경우에 가정법원에 친생부인의 허가를 청구할 수 있다. 다만, 혼인 중의 자녀로 출생 신고가 된 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 청구가 있는 경우에 가정법원은 혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖의 사정을 고려하여 허가 여부를 정한다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 허가를 받은 경우에는 제844조제1항 및 제3항의 추정이 미치지 아니한다. [본조신설 2017. 10. 31.]

41) 제855조의2(인지의 허가 청구) ① 생부(生父)는 제844조제3항의 경우에 가정법원에 인지의 허가를 청구할 수 있다. 다만, 혼인 중의 자녀로 출생신고가 된 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 청구가 있는 경우에 가정법원은 혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖의 사정을 고려하여 허가 여부를 정한다.

③ 제1항 및 제2항에 따라 허가를 받은 생부가 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제57조제1항에 따른 신고를 하는 경우에는 제844조제1항 및 제3항의 추정이 미치지 아니한다. [본조신설 2017. 10. 31.]

42) 개정 민법에 신설된 친생부인의 허가 및 인지 허가청구에 대해서 가사소송법은 라류 가사비송사건으로서 자녀의 주소지 관할 가정법원이 심판하되 심리방법상 사건관계인을 심문하지 아니하고 심판할 수 있고 어머니의 전배우자에게 의견을 진술할 기회를 줄 수 있도록 규정하고 있다(가사소송법 제44조, 45조).

43) 정현수, 앞의 글, 48면이하 참조.

## VII. 결 론

혼인관계가 종료된 후 300일내에 출생자는 부의 자로 추정함으로써 부자관계를 형성시키는 것은 자의 복리를 위한 관점에서 그 합리적성이 인정되고 필요하기도 하다. 다만 이 사건 헌법소원심판 사건에서처럼 이미 혼인관계가 파탄되어 이혼절차를 통해 종료한 경우라면 가정의 평화를 유지할 실익은 없다. 오히려 한시라도 빨리 모와 자 그리고 생부가 진실한 혈연관계를 토대로 하여 새로운 가족관계를 형성시킬 필요는 더 크다고 할 것이다. 더욱이 민법이 제정된 당시와는 달리 여성이 이혼 후 새로운 남자와 재혼하거나 교제하는 경우가 늘어났고 그 과정에서 출생한 자는 혼인관계가 종료된 후 300일 내에 출생할 가능성이 매우 커졌다고 할 것이다. 게다가 생부와 자가 친자관계에 있는지 여부에 대해 오늘날 과학기술의 비약적 발전에 따라 유전자검사결과를 통해 쉽고 간편하게 이를 확인할 수 있다. 그럼에도 불구하고 개정 전 민법 제844조는 이미 종료된 혼인관계에서의 夫를 출생한 아이의 父로 추정하여 부자관계를 설정하고 이를 해소하기 위해서는 친생부인의 소로서만 그것도 제척기간 2년 내에만 제기할 수 있도록 하고 있어 자의 출생과 관련된 사람들 즉, 모, 생부, 자 뿐만 아니라 자의 출생과 무관한 전혼 부의 생활에도 다양한 문제점을 야기시켰다. 이에 대해 헌법재판소는 위 민법 제844조 제2항 중 “혼인관계종료된 날로부터 300일내” 부분이 헌법에 합치되지 않는다고 위헌 결정을 하였다. 이에 따라 개정된 민법은 친생부인의 소를 존속한 채 친생부인 허가 청구, 인지 허가청구의 비송사건절차를 신설하였는데 모나 생부의 신속한 권리구제에 합당하겠지만 현재 결정당시 반대의견 입장에서 개정된 것이라는 생각이 든다. 한편 이러한 친생자 추정문제는 혼인관계가 존속중일 경우에도 발생할 수 있는 것이고 이때에도 유전자검사를 통해 생부가 확인될 경우 부의 자로 추정하는 것이 타당할지 여부에 대한 문제도 생길 것으로 보인다.

[참고문헌]

- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2017.
- 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2018.
- 김주수 · 김상용 공저, 친족상속법, 법문사, 2006.
- 김주수, 주석민법(친족3)(제2판), 한국사법행정학회, 2002.
- 박동섭, 주석 가사소송법, 박영사, 2001.
- 조재현, 헌법재판론, 박영사, 2013.
- 김상용, 친생추정에 관한 2017년 개정민법 규정의문제점, 법학논문집 제42집 제1호, 2018.
- 김상용, 가족법과 혈연진실주의, 한국법철학회, 법철학연구 제22권 제1호, 2019.
- 승이도, '혼인종료후 300일 이내에 출생한 자'의 친생추정에 관한 연구, 가족법연구 제29권 제1호, 2015.
- 현소혜, 친생자추정과 가족관계등록절차의 개선방안, 경북대학교 법학연구원, 법학논고, 제49집, 2015.
- 정현수, 개정 친생추정제도에 대한 평가, 법학연구 제28권 제1호, 2017.
- 김종세, 친생자추정과 당사자의 기본권-헌법재판소 2015.4.30. 2013헌마623-, 한국법학회 법학연구, 제16권 3호(통권 제63호), 2016.
- 양진섭, 친자관계결정에 관한 연구, 서울대학교 대학원, 박사학위논문, 2018.
- 권재문, 친생자관계의 결정기준에 관한 인권법적 모색-유럽인권협약 체제를 중심으로-, 인권과 정의, Vol. 406, 2016.
- 권재문, 혈연진실주의 실현을 위한 친생부인의 요건완화와 조정절차의 활용, 법조 Vol. 579, 2004.
- 권재문, 친생자관계의 결정기준, 서울대학교 대학원, 박사학위논문, 2010.
- 권재문, 대리출산자녀의 모자관계 결정기준, 한국민사법학회, 민사법학, 49(1), 2010.
- 제철웅, 생물학적 부모, 법적부모, 그리고 사회적 부모-아동 복리 우선의 관점에서 본 친자관계 확정을 중심으로-, 비교사법, 제26권 제2호(통권 제85호), 2016.
- 차선자, 가족관계형성에서 혈연이 가지는 의미, 인권과정의 Vol. 406, 2016.
- 이영규, 대리모에 의한 출산자의 모자관계, 한국법정책학회, 법과정책연구 제10집 제1호, 2010.
- 김상헌, 친자관계에 있어서 헌법재판의 역할에 관한 고찰- 민법 제844조 제2항 등 위헌확인 사건을 중심으로, 친족·상속법적 관점에서-, 서울법학 제25권 제4호, 2018.
- 한국가정법률상담소, 의견서, 2014.

[Abstract]

A study on presumption as the Husband's Child born within  
300 days of the termination of marriage  
(the Article 844 section 2 of the Civil Act)  
- The Constitutional Court 2013 Hun-Ma 623, April 30, 2015 -

Kim, Hyun-Jai\*

The Article 844 Section 2 of the Civil Act says a child born within 300 days from the day when the matrimonial relation was terminated, shall be presumed to have been conceived during the marriage. And the child is presumed as the Husband's child.

Even though the biological father exist separately, a Father-son relationship will be not formed by a true blood relation until the paternity relation is resolved in marriage.

The presumption of paternity is so strong in legal effect, No one can extinguish the effect of presumption without the intervention of Court.

But by the Article 844 Section 2 of the Civil Act, all of the Mother, Husband, Child and biological Father are suffer pain because they can't make up the family of true blood relation. So the Constitutional Court said the Article 844 Section 2 of the Civil Act violates the Constitution, infringing upon the mother's fundamental rights to personality in family life and social life. Therefor the national Assembly amended the civil law and made the permission procedure of denial paternity, permission of recognition.

---

\* Attorney at Law, Korean Bar Association

Keywords : Within 300 days of the termination of marriage, Presumption of paternity, A paternity lawsuit to deny the relationship, True blood relation, Conceived during the marriage